

El Error en el Derecho Penal

LUIS MIGUEL BRAMONT-ARIAS TORRES

Abogado. Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. DEFINICIÓN

El Error es un tema sumamente complicado y no existen posiciones únicas en su tratamiento. Dentro del derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de la buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo¹. Cabe aquí, distinguir entre el error y la ignorancia, en el primero se da un conocimiento acerca de un punto en particular pero, éste no va acorde con la realidad o verdad de las cosas, mientras que el segundo, se trata de una falta de conocimiento total, esto puede deberse a la falta de instrucción, capacitación, el descuido o una simple negligencia. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que el error es un conocimiento incompleto o un conocimiento falso. Pero, esto que psicológicamente es de extrema importancia, en el derecho positivo no interesa. Tal como dice ZUSMAN TINMAN²:

«El error consiste en la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte de conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de tales circunstancias.»

La ignorancia y el error pueden ser de hecho o de derecho, pero las leyes suelen unificar su tratamiento dándoles los mismos efectos³.

El presente artículo se ocupará del error dentro del derecho penal. Dentro de nuestro Código Penal encontramos que el error puede ser de dos clases: de tipo y de prohibición, estos nombres no obedecen al afán de ser novedosos con las palabras, sino que expresan contenidos distintos de los que corresponden a las denominaciones tradicionales de error de hecho y error de derecho. Mientras la denominación de error de hecho o de derecho distinguían entre lo fáctico y lo jurídico, con independencia de su ubicación en una contemplación global del hecho, el error de tipo se refiere a los elementos que forman parte del tipo penal, que pueden ser fácticos, subjetivos y valorativos, todo esto se encuentra a nivel de la tipicidad; en cambio, el error de prohibición tiene que ver con la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, lo encontramos a nivel de la antijuricidad pero, lo analizamos a nivel de la culpabilidad, según el esquema de la teoría finalista.

El error es considerado como la contrapartida del dolo. Si se trata de un error de tipo vencible se elimina el dolo pero subsistirá la culpa; en cambio, si es un error invencible se elimina tanto el dolo como la culpa.

La figura del error es tratado en nuestro Código Penal en el art. 14, en el primer párrafo se hace alusión al error de tipo y en el segundo al error de prohibición. El error de tipo elimina la tipicidad del acto, en tanto que el error de prohibición sólo elimina la reprochabilidad del mismo a nivel de la culpabilidad.

2. CLASES DE ERROR

Dependiendo de la corriente que se sigue en el derecho penal (causalismo o finalismo), nos podemos encontrar con diversos tipos de error, como son: error de hecho y de derecho de acuerdo a la corriente causalista y error de tipo y de prohibición de acuerdo a la corriente finalista.

1. Cabanellas, Guillermo.- «Diccionario de derecho usual», T.II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1953, p.77.

2. Zuzman Tinman, Shoschana.- «El error en el acto jurídico», En: Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 53.

3. Jiménez de Asúa, Luis.- «Tratado de Derecho Penal», T.VI, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1962, p. 313.

La teoría del error de hecho y de derecho ha sido abandonada, ya que, no se puede trazar un límite entre los elementos de hecho y de derecho que integran el delito, especialmente ahora que se ha hecho uso de los elementos normativos para definir la tipicidad -Ejm. La definición de ajenidad-.

2.1. Error de Hecho

La doctrina del error se apoya en la imposibilidad de construir el elemento intelectual de la culpabilidad, por eso el error es una causa de inculpabilidad, dado que, un individuo que ignore o que conozca imperfectamente las circunstancias fácticas, o su significado, no puede guiar su voluntad en adecuación al fin, que es lo que fundamenta el reproche en la culpabilidad. En palabras del Dr. JIMÉNEZ DE ASUA⁴:

«error de hecho, es el que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento. Para que el error se considere de hecho, ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico; es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias terminantes al objeto o a los sujetos expresados en el tipo legal. Es, en suma, *el error sobre la materialidad del hecho ejecutado.*»

Analizando lo dicho por el Profesor JIMÉNEZ DE ASUA, por error de hecho se entiende, el que recae sobre los aspectos o circunstancias fácticas del tipo legal, esto es, sobre los hechos constitutivos del tipo de hecho. Puede recaer sobre la persona, sobre el objeto material, sobre el nexo causal o sobre el resultado; en síntesis, se puede decir que puede recaer sobre los elementos descriptivos, personales o normativos en sentido restringido. Este tipo de error hace que el sujeto sea inculpable⁵ siempre que sea esencial, pero si es vencible solamente excluye el dolo y subsiste la culpa (si el hecho está previsto como culposo en nuestro Código Penal).

El error de hecho se produce cuando el agente hubiese tenido un conocimiento parcial o deformado de los hechos o cuando, debidamente

informado de ellos, comete un error en la interpretación de su significado⁶.

El error de hecho se divide en esencial y accidental. El error accidental no hace variar la culpabilidad del sujeto, pues como su nombre lo indica recae sobre accidentes del propio hecho que no excluyen ni el dolo ni la culpa. Para que el error de hecho constituya causa de inculpabilidad se requieren dos cosas:

1.- Que sea esencial, en cuanto a los elementos que conforman el tipo penal o a la antijuricidad del acto. Ejm: el quita hurta un bien mueble creyéndolo propio.

2.- Que sea racionalmente invencible, esto se tiene que valorar viendo las circunstancias en las que se produce el hecho. Para distinguir entre el error vencible y el invencible se debe recurrir al criterio de la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado dañoso. En el caso que se produzca un error de hecho esencial vencible, si bien se elimina el dolo subsiste la culpa.

Basándonos en esto podemos afirmar que, las condiciones esenciales de esta eximente son, en primer término, la ausencia de dolo (buena fe) o de culpa (negligencia), porque si hay mala fe o hay posibilidad de prever, el resultado de imputarse a título de dolo o de culpa; en segundo lugar, el error debe ser esencial, es decir, debe de ser de tal naturaleza que determine a obrar en el sentido de la acción, considerando hipotéticamente que si el sujeto hubiese estado en posibilidad de conocer la realidad, no habría actuado de ese modo. El error de hecho se refiere siempre a circunstancias objetivas que erróneamente interpretadas determinan la acción.

En el Código Penal derogado de 1924, en su artículo 87° contenía un grave defecto al no haber considerado el error esencial o inculpable, sobre el que se legisla, como una causa de inculpabilidad. Este sólo estaba regulado como una mera atenuante, atendiendo al error con respecto a las circunstancias de hecho y a la ignorancia y error con respecto a la apreciación que el sujeto hace sobre el «carácter delictuoso de su acto», añadiendo que la ignorancia de la ley penal solo puede ser modificativa

4. Jiménez de Asúa, Luis.- «Tratado de Derecho Penal», T.VI, op.cit., p.329.

5. Cabe recordar que, la posición sostenida aquí esta enfocada dentro de la teoría causalista.

6. Rubio Correa, Marcial.- «Error e ignorancia - El saber jurídico sobre la ignorancia humana», En: Para Leer el Código Civil, Vol. X, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 22.

en los delitos que tengan señalada pena inferior a la de prisión. En suma, en el Código Penal anterior, el error sólo producía el efecto de llevar más abajo del mínimo establecido para el delito, en concreto, la responsabilidad punitiva; pero, como decía JIMÉNEZ DE ASUA⁷:

«Los tribunales se deben encontrar en apuros extraordinarios y tendrán que acudir a la intencionalidad del dolo para exculpar plenamente al sujeto cuando éste erró en los hechos o cuando, con ignorancia de su significación jurídica, sea autor de un delito castigado con pena que exceda prisión».

De acuerdo a la normativo del Código Penal de 1924, el error de hecho lo mismo que el error de derecho no excusaban penalmente, aún cuando sea esencial o invencible, cuando se lo invocaba para invalidar a la ley en el caso individual. El mismo favorece únicamente cuando la incriminación esté implícita o explícitamente condicionada al conocimiento de algunos elementos o circunstancias de hecho; esto es, cuando el error recaiga sobre aquellos presupuestos de hecho, sin los cuales la imputabilidad de un delito o de una circunstancia agravante no existe. Por ejemplo: el error sobre la propiedad de un bien mueble sustraído o sobre el consentimiento del poseedor puede eliminar la imputabilidad del hurto, el error sobre el verdadero propietario del bien mueble que se sabe que no es propia, resulta del todo ineficaz.

2.2. Error de Derecho

El error de derecho es aquel que se produce cuando la voluntad se determina hacia tal conducta por ignorancia o por falsa interpretación de la norma jurídica. Tal como señala el Dr. MARCIAL RUBIO⁸:

“El error de derecho es aquel que se produce cuando la voluntad se determina hacia tal conducta por ignorancia o por falsa interpretación de la norma jurídica”.

«El error de derecho se producirá cuando el agente tenga un conocimiento parcial o deformado de las normas aplicables al hecho o caso o cuando, debidamente informado de ellas, ha cometido un error en la interpretación o de su aplicación.»

Según lo dicho en el párrafo anterior, el error de derecho va enfocado a la legalidad o ilegalidad del acto, o sobre su legitimidad o no. El individuo tiene conciencia del hecho que realiza, no se equivoca sobre los hechos, sino sobre el derecho que lo rige. El error puede darse sobre la existencia de la ley o sobre su interpretación o validez.

Para BINDING⁹, el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el derecho carece de toda importancia, de lo cual se infiere que el error relevante es necesariamente un error de Derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y error de derecho. Acorde con ésta posición, el Dr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA¹⁰, dice:

«Todo error es, en realidad, simultáneamente, de hecho y de derecho: el que mata a un venado y no a un hombre, yerra sobre el sujeto pasivo (objeto de la acción) y al mismo tiempo cree equivocadamente que su hecho no está legalmente criminalizado. Y el que cree que una norma no existe, o no rige, o tiene otro sentido, cree también que su hecho es lícito, del mismo modo que quien se equivoca en el reconocimiento de una circunstancia de justificación».

El error de derecho recae sobre la existencia, términos y el sentido de la ley. Por tanto, puede referirse al tipo (Por ejemplo, si se califica a una persona de funcionario público cuando en realidad no lo es) o a la antijuricidad (cuando se ignora que un hecho está prohibido por la ley, como por ejemplo

7. Jiménez de Asúa, Luis.- «El Criminalista», T. VIII, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1952, p. 102.

8. Rubio Correa, Marcial.- «Error e ignorancia - El saber jurídico sobre la ignorancia humana», Biblioteca Para Leer el Código Civil, V.X, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 21.

9. Cit., de Luis Jiménez de Asúa: «La Ley y el delito», 3ª edición, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959, p. 393.

10. Fernández Carrasquilla, Juan.- «Derecho Penal Fundamental - Teoría general del delito y punibilidad», T.II, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 296.

el casarse dos veces -bigamia-). La relevancia del error de derecho para eliminar la culpabilidad ha sido muy discutida.

En principio la ignorancia de la ley debería excluir el juicio de reproche, por faltar a la conciencia de la ilicitud del acto, pero esto se da sólo en casos excepcionales ya que de acuerdo al Derecho Comparado y conforme a los principios generales del derecho, se admite como regla básica la presunción del conocimiento de la ley por todos los individuos de la sociedad en donde ésta se da.

El error de derecho surge como una excepción al principio básico del conocimiento de la ley, y que en determinados casos puede exculpar de toda culpa al sujeto activo. Este principio, aunque no es una presunción de derecho, sí constituye una ficción jurídica, en virtud de que el ordenamiento jurídico no podría ser exigido coercitivamente de no ser obligatorio una vez promulgado (según el art.109° de la Const.); no es pues necesario demostrar en cada caso el conocimiento de la norma. Con todo, es forzoso admitir que el complicado sistema jurídico de los Estados modernos hace imposible el conocimiento total de las disposiciones legales; ni siquiera a los abogados les es dado conocer todas las disposiciones contenidas en leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones; pero lo que es más grave, ni siquiera a los especialistas en cada rama del derecho les es posible conocer la totalidad de disposiciones sobre su especialidad que rigen en el país.

Cuando las leyes penales tipifican el delito exigiendo como elemento constitutivo la violación de una disposición extrapenal, el error sobre éste destruye el delito. Y no cabe para ningún otro supuesto, porque la condición esencial del error es la buena fe o ausencia de dolo, y en todos los casos en que se tipifica el delito sin condicionar a otra disposición extrapenal, se descarta la posibilidad del error atribuible a la buena fe, así por ejemplo en el homicidio, en la estafa, en el hurto. Los que aducen como argumento el error en que puede incurrir una persona que tiene acceso carnal con un pariente, para asimilarlo al error de derecho para los efectos del incesto, se equivocan porque tal error no es de derecho sino de hecho; y no es de derecho porque el sujeto no podría alegar que desconocía que no se pueden tener relaciones sexuales con los parientes inmediatos, pero en cambio si puede alegar que desconocía el parentesco.

2.3. El Error de Tipo.

El error de tipo surge cuando se desconoce alguno de los elementos que constituyen el tipo objetivo. Tal como señala el art.14° del Código Penal, ocurre error sobre el tipo cuando en la comisión del hecho se desconoce: «un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrava la pena». Con el término elemento, se alude a los que conforman la tipicidad objetiva del tipo legal (elementos referentes a: el autor, la acción, el bien jurídico, aspectos descriptivos y normativos, causalidad).

El tratamiento sobre el error de tipo, reitera Jescheck¹¹, «descansa en un sencillo principio fundamental», a saber: «puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo». Ahora bien: si el error citado fuese **vencible**, desaparecería el dolo pero se sancionaría a título de culpa la responsabilidad penal. Tal como señala MUÑOZ CONDE¹²:

«..., el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente.»

Por ejemplo, Miguel que estaba de caza en un lugar donde se encontraba permitido realizar dicha actividad, dispara sobre Juan que regresaba de una fiesta de disfraces vestido como un oso; Miguel mata a Juan creyendo que es un animal, dadas las circunstancias en que se produce la acción, surge un error de tipo invencible porque en ningún momento Miguel pudo imaginarse ni representarse que Juan no era un oso. Pero, si la acción se hubiese producido en un lugar donde no se practicara la actividad de caza de animales y que por el contrario es usado como lugar de esparcimiento familiar, y pese a esto, Miguel dispara sin tomar ninguna precaución sobre los arbustos que se mueven creyendo que se trataba de un animal y mata a Juan, Miguel responderá por

11. Hans HEINRICH JESCHECK.- «Tratado de Derecho Penal», Parte General, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p.415 y ss.

12. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- «Manual de Derecho Penal - Parte General», Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p.252.

homicidio culposo, dado que se ha presentado un error de tipo vencible; ya que de haber actuado con mayor diligencia Miguel no habría matado a Juan.

Para sus efectos, el error se divide en esencial (que excluye el dolo respecto del bien jurídico al que se afecta), y no esencial (que es irrelevante: error in persona o el objeto, aberratio ictus, error sobre las circunstancias que modifican la pena).

El error esencial, a su vez, se subdivide en vencible (que puede ser eliminado mediante el recurso al esfuerzo de conciencia exigible al sujeto, o sea, que hubiera podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado), e invencible (que no puede ser eliminado con dicho esfuerzo de conciencia, o sea, que no hubiese logrado evitarse ni aplicando la diligencia debida. Al excluir tanto el dolo como la culpa surge la impunidad, pues en el derecho positivo en general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la simple producción de un resultado resulta atípico, de acuerdo al art. VII y 11° del Código Penal).

El error de tipo también alcanza a las circunstancias que modifican la pena, como es el **error sobre las agravantes** al señalar el art. 14° del C.P, que el error invencible sobre un elemento que agrava la pena excluye la agravación, por ejemplo, si el agente comete un delito de violación contra su descendiente menor de 14 años (art. 173° del C.P.) ignorando dicha condición, no podemos aplicar la agravante porque, no existe dolo con respecto de esa circunstancia.

BUSTOS RAMÍREZ¹³ destaca que: «este precepto resulta sumamente confuso, pues pone en un mismo plano situaciones diferentes, el error invencible sobre un elemento esencial de la infracción penal y el error sobre un elemento accidental (agravante). En primer lugar, la clasificación de error invencible o vencible tiene sentido respecto a un elemento constitutivo, pues se trata de determinar si la realización del hecho ha sido dolosa o culposa o bien sólo producto del caso fortuito o de una imprudencia no tipificada, en tal clasificación no es posible aplicarla a un elemento accidental, como una agravante, ya que el injusto como tal siempre permanecerá, esto es, la realización del hecho no puede desaparecer por el error sobre la agravante. Sólo

los tipos pueden realizarse dolosa o culposamente, no una agravante». Y concluye: «En definitiva se trata de una disposición que no tiene una fundamentación comprensible y que debería desaparecer.»

Siempre debe tenerse en cuenta si el autor tenía pleno conocimiento de la norma prohibitiva general y del tipo por él realizado. Si lo tenía y su error consistía en el desconocimiento de una causal de justificación existente, se discute arduamente si se debe condenar por delito consumado o por tentativa. Por el contrario, si el autor creía en forma equivocada que su actuar, en realidad no prohibido, lo era efectivamente y que estaba sujeto a sanción, entonces no comete infracción alguna, de tal modo que no llega a plantearse la cuestión de la tipicidad y, con ello, de la penalidad (es un delito putativo).

Del error de tipo deben distinguirse los supuestos de desconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad de la culpabilidad o de alguna causa personal de exclusión de la pena¹⁴. Dado que las condiciones objetivas de punibilidad no están comprendidas dentro de la conciencia y voluntad de que trata el dolo, el error acerca de las mismas es intrascendente, es decir irrelevante y por tanto, carece de efectos penales.

Dentro del tema del Error de Tipo, se presentan ciertos casos que merecen nuestra especial atención, dado el especial análisis que requieren y la complejidad del tema:

a) **Error sobre el objeto de la acción** (error in objecto vel persona).- En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción. Se excluye el dolo del autor si falta **equivalencia** típica entre el objeto representado y el objeto efectivamente atacado (por ejemplo, el sujeto dispara contra el perro y alcanza a su dueño). En este caso el dolo se da por la conciencia y voluntad de matar al perro, lo cual desde el plano penal es irrelevante, por eso al dirigirse este dolo por error hacia el dueño sigue manteniendo su calidad de irrelevante para el derecho penal.

Puede darse también el caso de que ambos objetos sean típicamente equivalentes u homogéneos, pues da lo mismo que «A» se apodere del automóvil

13. Bustos Ramírez, Juan.- «Manual de Derecho Penal», Parte General, 3ra. Edición, Editorial Aries S.A., Barcelona, 1989, p. 263-264.

14. Mir Puig, Santiago.- «Derecho Penal - Parte General», 3ra. edición corregida y puesta al día, Edita: PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1990, p. 268.

de «B» que creía propiedad de «C» o; que mate a «D» en lugar de a «Z». Este caso es diferente al primero porque, desde el principio se quiso dañar un bien jurídico relevante para el derecho penal.

b) **Error sobre el nexo causal.**- Las desviaciones no esenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. Es decir, se produce cuando entre la representación del autor de un determinado desarrollo del suceso y el suceso que realmente se

produce como consecuencia de la acción, existe coincidencia en lo esencial, por lo que el dolo no resulta excluido (por ejemplo, «A» quiere matar a «B» en forma instantánea mediante un disparo con arma de fuego; «B» muere, sin embargo, después de varias horas de agonía, circunstancia que no es esencial sino secundaria). Por el contrario, cuando entre la representación del autor y el suceso acaecido hay una divergencia esencial, esto es, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, el hecho sólo podría imputarse como tentativa de homicidio (en el ejemplo anterior, si «B» muriese posteriormente a consecuencia del incendio del hospital).

Para el análisis de estos casos, es de suma importancia el manejo de la teoría de la Imputación objetiva, que se basa tanto en la creación como en el aumento del riesgo, y si éste es imputable al sujeto activo; de no ser así no existiría tipicidad objetiva y mucho menos delito.

c) **Error en la ejecución** (aberratio ictus) o «error en el golpe», es decir, el autor queriendo producir un resultado determinado da con su acción sobre un objeto distinto del que quiere alcanzar.

Por ejemplo, si apunta sobre Luis, dispara, y por mala puntería, o por un movimiento inesperado, el proyectil va a dar muerte a Marco. Como se advierte, más que un error hay una desviación material del curso causal previsto, que determina en definitiva una disconformidad entre lo representado y lo acaecido. La doctrina está dividida en cuanto a la punibilidad de estas situaciones. Para algunos, se trata de un concurso entre tentativa del delito querido, con la forma culposa del resultado. Para otros, debe re-

primirse por el resultado producido, como doloso, ya que la ley protege en general la vida humana, y por eso castiga el homicidio, y eso es lo que ha ocurrido en el hecho. La primera es la posición de la

doctrina alemana, en general; y la segunda es sustentada en España y en Latinoamérica.

d) **Error sobre el curso causal en el caso del «dolus generalis».** El autor no yerra aquí sobre el objeto de la acción que lesiona sino, sobre el desarrollo de la acción. Es decir,

el suceso se lleva a cabo en dos actos y el autor juzga equivocadamente el curso de la acción al creer haber logrado el resultado querido mediante el primer acto (matando, por ejemplo a Fernando), en tanto que el resultado sólo se ha producido con el segundo acto realizado para ocultar el hecho (arrojando al lago a Fernando, creyendo que había muerto). En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior.

Por ejemplo, Roger dispara sobre Caro, para darle muerte, pero por una desviación del curso causal representado, yerra y sólo lo hiere. Creyendo que Caro ha fallecido, Roger decide ocultar su delito y arroja al río el cuerpo inanimado de su víctima. Caro muere por asfixia a causa de la inmersión. Según la teoría del **dolus generalis**, ambos actos constituyen un suceso unitario, en cuya segunda parte existe todavía el dolo homicida. Desde este punto de vista, se da un hecho doloso consumado.

Conforme a la opinión contraria, en los dos actos del suceso existen dos acciones independientes con elementos subjetivos diferentes. Estima que al realizarse la segunda acción el dolo homicida se ha borrado y de esta manera llega al resultado de que se da un homicidio tentado y un homicidio culposo con pluralidad de hechos¹⁵.

En la práctica, dice MUÑOZ CONDE¹⁶, parece más justo apreciar sin embargo, un solo delito con-

“El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado”.

15. Cury Urzúa, Enrique.- «Orientación para el estudio de la Teoría del Delito», Ediciones Nueva Universidad, 1973, p. 86.

16. Muñoz Conde, Francisco.- «Teoría General del Delito», 2da. edición, 1989, p. 68.

sumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido.

La primera solución merece preferencia. BACIGALUPO esclarece que «la cuestión depende de si el autor al realizar la primera parte del hecho ya había tomado la decisión de realizar la segunda parte del mismo: en este caso habrá una sola acción y un solo hecho consumado. Si por el contrario, la decisión es posterior habrá dos acciones, una de tentativa en la primera parte del hecho y otra de homicidio culposo en la segunda. En este caso, es decir, admitidas **dos** acciones, no es posible imputar a la primera un resultado que no se produjo»¹⁷.

e) El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

2.4. Error de Prohibición.

El Error de Prohibición supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización. Tal como nos dice MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN¹⁸, este error no sólo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho. En general podemos decir que, en el error sobre la prohibición o sobre la significación antijurídica, **el autor cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así.**

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto).

Respecto de la ubicación del error de prohibición, MAURACH¹⁹, nos dice:

«Con la inserción de la conciencia de la ilicitud en la estructura global del delito se planteó la necesidad de asignar a aquélla un lugar dentro de sus

elementos singulares. Al discutirse el tipo subjetivo, se había llegado a la conclusión de que el dolo se agota en el congruente reflejo del tipo objetivo. Pero como el dolo no presupone el conocimiento de la norma, la conciencia de la ilicitud queda descartada en cuanto componente de aquél; el conocimiento equivocado de la norma (conciencia de la ilicitud), no podía luego traer consigo consecuencias idénticas a las que acarrea el error de tipo. La ubicación de la conciencia de la ilicitud no está en el dolo, sino en el juicio de reproche, la culpabilidad; pero como esta misma es sólo una valoración y no un hecho psicológico, tampoco precisa de la conciencia de la ilicitud sea exigida en una forma *actual*; más bien basta con la *posibilidad* de la conciencia de la ilicitud, con la «potencial conciencia de la antijuricidad», a fin de poder hacer responsable también por dolo al autor que actúa dolosamente. Por ello, también la consecuencia de la falta de la conciencia de la ilicitud debe operar como *error de prohibición*, con independencia del error de tipo; el error de prohibición es decisivo sólo en el campo de la culpabilidad y depende del destino de ésta.»

Esta idea se logra luego de haber tratado la esencia del tipo y del dolo. La conciencia de la ilicitud o el conocimiento del injusto dan su contenido entorno a la teoría de la culpabilidad. Con esto podemos afirmar que, el error de prohibición tanto si es directo como indirecto, no incide en la configuración típica, dolosa o culposa, del delito, sino en la culpabilidad del autor del tipo delictivo que haya realizado.

El error de prohibición puede ser de dos clases: vencible (cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error) e invencible (cuando es imposible escapar a éste). Un error vencible referido a la antijuricidad o a la responsabilidad por el hecho tiene efecto atenuante de la culpabilidad y con ello (facultativamente) de la pena; sin embargo, la antijuricidad subsiste²⁰.

Pueden darse varios casos:

1.- Error sobre la norma de prohibición, se da cuando se cree que el hecho no está prohibido. Esto

17. Bacigalupo, Enrique.- «Manual de Derecho Penal - Parte General», Temis, Bogotá, 1984, p. 111.

18. Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes.- «Derecho Penal - Parte General», op. cit., p. 345.

19. Maurach, Reinhart.- «Derecho Penal - Parte General - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible», op. cit., p. 643.

20. Maurach, Reinhart.- «Derecho Penal - Parte General - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible», T.I, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p.400.

es muy normal en el caso de los extranjeros que viajan y tienen en su conciencia las normas de su país de origen, donde ciertas conductas son permitidas por su ordenamiento jurídico pero, no por el país en el cual se encuentran. Un típico caso de esto se presenta en los casos de aborto, pues existen países que no lo sancionan, pero la mayoría sí.

2.- Error sobre el permiso, se da cuando el actuar del sujeto activo está dirigido en la creencia de que la ley permite realizar cierto tipo de acciones. Por ejemplo, en el caso de la eutanasia, el sujeto activo puede creer que con el simple asentimiento del sujeto pasivo para que le quite la vida, le basta para poder realizar una conducta homicida. Otro caso, puede plantearse en el caso del propietario de un inmueble que ha alquilado, y el inquilino no le paga el arriendo y por tanto, el propietario, cree tener el derecho de desalojarlo en forma arbitraria.

3.- Error sobre el tipo permisivo, se da cuando se admite falsamente una justificación que no está dada, en este caso nos encontramos sobre alguno de los presupuestos típicos de una causa de justificación reconocida. Por ejemplo, un vendedor que está cerrando su tienda luego de un arduo día de trabajo, y observa a lo lejos la sombra de varias personas que traen palos en sus manos, al creerse atacado desenfunda su revólver y les dispara matándolos; cuando en realidad eran sus amigos que pensaban invitarlo a jugar un partido de béisbol y por eso cargaban esos palos; se da pues un error sobre la legítima defensa, concretamente sobre el aspecto objetivo de la agresión ilegítima, la cual nunca existió.

El tratamiento del error de prohibición se da en base a la teoría de la culpabilidad que sustenta la tesis de que el error de prohibición no excluye el dolo, constituyendo una causa de inculpabilidad, si es invencible, y pudiendo determinar una responsabilidad (al atenuarla), si es vencible.

Últimamente se trata de separar dentro del error de prohibición, al error de conocimiento (conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisibilidad jurídica de la conducta «formalmente» típica -justificaciones-) del error de comprensión, el cual se da cuando el sujeto, si bien conoce o ha tenido posibilidad de conocer la prohibición de la conducta y su carácter injustificado, no prohibido; en relación con esto último se propone el

estudio de «las conductas disidentes» y del «error culturalmente condicionado»²¹.

En nuestro Código Penal, en su art.15°, se ha incluido una nueva figura denominada: **EL ERROR DE PROHIBICIÓN POR COMPRENSIÓN**. El error de prohibición puede ser directo (cuando recae sobre la norma prohibitiva misma) o indirecto (cuando recae sobre la permisibilidad de la conducta); pero también puede darse casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no sea exigible la internación o internalización de la pauta que conoce: **error de comprensión**.

La vigencia del derecho no puede quedar librada a la conciencia individual, y quien obra con conciencia disidente evidentemente que tiene en algo al menos reducida su capacidad de internalizar la antijuricidad. Esa conciencia disidente da lugar a un menor reproche, pero no excluye la responsabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido, dice ZAFFARONI²², los errores de comprensión culturalmente condicionados, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, como es el caso del indígena de una comunidad que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, lo que lo llevará a incurrir quizás en una tipicidad contravencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero que es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho.

El error de comprensión culturalmente condicionado, a tenor del art.15°, será un error invencible de prohibición, que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho que la conciencia disidente por sí misma no es una causa de inculpabilidad, cuando el sujeto «por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión», y en caso de que esa posibilidad se halle solamente disminuida, la pena será atenuada.

21. Creus, Carlos.- «Derecho Penal - Parte General», op. cit., p. 348.

22. Zaffaroni, Raúl Eugenio.- «Manual de Derecho Penal», T.II, Parte General, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985, p. 550-551.

4. El Error en el Código Penal Peruano - art.14.

Nuestro Código Penal de 1991 regula la figura del error en el artículo 14 que a la letra dice:

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuese vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

El primer párrafo del artículo está destinado a la regulación del error de tipo mientras que el segundo párrafo hace referencia al error de prohibición.

El primer párrafo del art.14° del C.P. regula lo que se conoce como el error de tipo y el error sobre una agravante. El error de tipo en el Código penal de 1991 puede ser de dos clases: invencible y vencible. Si es invencible desaparece el dolo y la culpa, volviéndose la acción atípica, si es vencible desaparece el dolo y subsiste la culpa (se sanciona sólo si nuestro ordenamiento jurídico castiga en forma expresa la acción culposa para ese delito - art.12° del C.P.).

El error sobre la agravante si es invencible elimina la agravación. Ejm. en el caso de que Manuel quiere matar a su padre Alberto. Manuel a puesto una bomba en el automóvil de su padre, quien siempre lo usa para ir a su trabajo pero, justo ese día Felipe -hermano gemelo de Alberto- le pidió el automóvil a éste, el cual accedió a prestárselo. Al subir Felipe este vuela en mil pedazos. Manuel no pudo prever ni calcular de que el carro lo usaría Felipe, se ha producido un error sobre la agravante y por tanto ésta desaparece.

En este caso, al eliminar la agravante queda subsistente el tipo base -homicidio simple-, esto partiendo que la Manuel tenía la intención de matar a su padre, es decir, a una persona, lo cual llego a realizar.

Es de resaltar que el Código penal hace referencia al error invencible sobre la agravante, pero no refiere nada en el caso que el error fuera vencible. Esto se ha debido a que se ha transcrito el tratamiento del error que se hace en el art.6 bis a) del Código penal español.

Esto es criticable puesto que en el error sobre la agravante no se puede hacer distingo entre error invencible y vencible puesto que en ambos casos se elimina la agravante y por tanto subsiste tipo base. Esta falla se ha debido a que se equipara en cierta forma el error esencial (sobre el tipo penal) con un error accidental (error sobre la agravante). **El dolo sólo se presenta respecto de los tipos penales y no sobre las agravantes.** Es claro que si el error es invencible sobre un elemento del tipo penal este no se sanciona pero, en el caso de que se presente un error sobre la agravante, el Código Penal no establece diverso tratamiento si es vencible o no, por tanto, no interesa si el sujeto activo conocía o pudo conocer la agravante, en conclusión si hay un error (vencible o no) desaparecería la agravante y subsistiría el tipo base.

El segundo párrafo se refiere al error de prohibición, que se enfoca en la comprensión de la antijuricidad de la conducta (ilicitud del hecho). Es decir, en el error de prohibición el sujeto cree que actúa conforme a derecho, como por ejemplo: cuando una mujer se practica el aborto porque cree que está permitido por nuestro ordenamiento jurídico; puede darse también que se de un error sobre los presupuestos de una causa de justificación, el caso típico se da referido a la legítima defensa cuando se incumple algunos de los requisitos que el art.20° inc.3 dispone, por ejemplo: Juan se siente atacado por un desconocido en la oscuridad y decide dispararle un tiro, cuando en realidad era Pablo (su mejor amigo) que le iba a dar un abrazo, algunos autores no comparten esta posición (Teoría de los elementos negativos del tipo)²³; por último puede darse un error sobre los requisitos de una causa exculpante, por ejemplo dentro de el estado de ne-

23. Los autores que no son partidarios, tratan al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de tipo, se basan en que los presupuestos objetivos son elementos fácticos que no requieren de valoración jurídica alguna. Siguiendo este razonamiento, daría lo mismo matar a una persona creyendo que es un animal que matar a una persona creyendo que actuó en legítima defensa, lo cual es falso porque, en el primer caso, el sujeto no sabe que va a realizar un tipo de homicidio, mientras que en el segundo, el sujeto sabe que realiza un homicidio pero cree que está justificado. En conclusión, podemos decir que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no influyen para nada en la calificación típica del acto realizado, sino en el grado de reprochabilidad (culpabilidad).

cesidad exculpante cuando se realiza una mala valoración de los bienes jurídicos en conflicto.

El error de prohibición si bien puede ser detectado a nivel de la antijuricidad, su análisis se realizará a nivel de la culpabilidad en lo referente al conocimiento del injusto.

Como se sabe este error puede ser invencible (cuando el sujeto no pudo haber salido de su estado de error) o vencible (cuando pudo haber salido de su estado de error), en el primer caso se excluye la responsabilidad penal, en el segundo se atenuará la pena (el grado de reproche disminuye).

El error de prohibición versa sobre una situación jurídica y no sobre la realidad fáctica. El reproche por no haber salido de ese error es mucho más amplio y extenso que el que corresponde a la imprudencia²⁴.

5. Relación de la Ley Penal en Blanco con el Error.

Dentro de la ley penal en blanco pueden darse dos opciones respecto de las disposiciones extrapenales, a las cuales nos remitimos para que completen el supuesto de hecho de la ley penal:

1.- El error sobre la disposición extrapenal se trata como un error de tipo:

Esta es la tesis planteada por Mezger, una vez que la disposición extrapenal se conecta con el tipo en blanco, integra su contenido en todos sus aspectos. Esto significa que, al producirse un error sobre la disposición extrapenal (pudiendo ser un elemento descriptivo o normativo dependiendo del caso), podría excluir la tipicidad (error invencible) o castigarse a título de culpa (error vencible).

Para algunos autores, la relación entre los elementos normativos y la antijuricidad es tan evidente que el error sobre los mismos debe ser tratado como un error sobre la antijuricidad misma, es de-

cir, como un error de prohibición. A nuestro juicio, este tipo de error debe tratarse como un error de tipo (art.14, 1º párrafo del C.P.), pues, a pesar de tener relación con la antijuricidad, la verdad es que

el legislador usa éstas fórmulas (elementos normativos) para lograr la descripción típica del hecho, de tal forma que sin ellos el hecho es atípico. Por ejemplo, en el art. 390º del C.P., se dice que «el funcionario o servidor público, que teniendo fondos expe-

ditos, demora injustificadamente un pago ordinario ...», si el funcionario tiene los fondos y demora en forma «justificada» el pago, el tipo penal no se cumple (error de tipo); y por las mismas razones, si el sujeto cree por error que las razones son justificadas, el error recaerá sobre la antijuricidad del hecho (error de prohibición), pero el carácter secuencial de la teoría del delito, obliga a resolver el error a nivel de la tipicidad, lo que también podría resolverse en la categoría de la antijuricidad. Idéntico tratamiento se debe dar respecto de la disposición extrapenal, cuando tiene el carácter de elemento normativo en la ley penal en blanco.

Algunos autores plantean que si se parte de la idea que la disposición extrapenal forma parte del tipo penal, puede resultar el absurdo de que quien ejecuta dolosamente la acción descrita por el tipo incompleto creyendo equivocadamente en la vigencia de una disposición complementaria con cuyo concurso cuenta, incurrirá en un «error al revés en perjuicio del agente» y será autor de una tentativa punible. Evidentemente esta solución que en principio parecería ser lógica, no lo es, dado que al no estar vigente la disposición extrapenal que forma parte del tipo resulta imposible realizar la acción delictiva, nos encontraríamos ante un delito putativo.

Otro problema con el que nos encontramos aquí, es que generalmente las disposiciones extrapenales a las que nos tenemos que remitir tienen existencia propia e independiente dentro de la rama del derecho en la que se encuentra, y por tal razón, no son congruentes con la estructura de las normas penales. Además, si aceptáramos que forman parte del Tipo Penal, la variabilidad a la que tienden este tipo

“... el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no influye para nada en la calificación típica del acto realizado, sino en el grado de reprochabilidad (culpabilidad)”.

24. Gómez Benítez, José Manuel.- «Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal - Parte General», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, p. 487.

de disposiciones, crearían gran dificultad para calificar si el error que se produce es vencible o invencible, y si es vencible, el cambio que se produce de dolo a culpa, debe estar regulado en forma expresa dentro de nuestro Código Penal, cosa que generalmente no se produce y, por tanto, tendría el mismo efecto que si el error fuese invencible porque, no se podría sancionar.

2.- Que el error sobre la disposición extrapenal se trata como un error de prohibición:

Siguiendo esta premisa, de producirse un error, este lo encontraríamos a nivel de la antijuricidad, pero se analizaría a nivel de la culpabilidad, de acuerdo al esquema finalista. Como la conciencia de la ilicitud es un elemento autónomo de la culpabilidad, en los casos de error de prohibición invencible, ésta queda suprimida por completo y el autor no es punible, aunque su conducta sigue siendo dolosa si ese ha sido el caso. Por el contrario, un error de prohibición vencible no excluye la culpabilidad del sujeto, pues para dirigirle un juicio de reproche basta con que haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta y no la haya aprovechado. En este último caso, se procede conforme al artículo 14°, 2º párrafo del C.P., atenuando la pena del delito correspondiente (doloso o culposo, según se haya determinado en la tipicidad), dado a que el error disminuyó su capacidad de autodeterminación.

Surge un problema, respecto del conocimiento de estas disposiciones extrapenales, por ejemplo: ¿Cuántas personas conocen la ley antimonopolios y su forma de normar el abuso del poder económico, que completan la estructura de los delitos económicos?. La afirmación de que el error es inevitable sólo puede basarse en una ausencia de información o una información deficiente, cuando las circunstancias concretas dan al autor motivo para ello²⁵, es decir, cuando debieran haberlo inducido a obtener tal información o a dudar de la exactitud de la que disponía. Las prohibiciones que señalan las leyes penales en blanco se apoyan, en gran parte, no sobre concepciones éticas generales, sino sobre conceptos de utilidad social y aún simplemente estatal. El número de estas leyes penales «complementarias», ya ha sobrepasado desde hace tiempo la índole y cantidad de las leyes penales comunes. Ofrecen, por

lo tanto, un amplio campo a la posibilidad del error de prohibición vencible. Un ejemplo claro de esto se presenta en el caso de los delitos económicos y financieros regulados por el momento según el Dec.Leg.701 pero, que actualmente existe un proyecto para reemplazarlo.

Como un punto aparte, podemos decir que, en la literatura alemana actual se ha desarrollado un punto de vista que soluciona este género de problemas de otra forma. Se basa en la idea desarrollada inicialmente por Roxin²⁶ de que el dolo ocupa una doble posición en la estructura del delito. Por una parte, en cuanto voluntad de realización es dolo de tipo, portador del injusto de la acción; por la otra «conserva también significación en la culpabilidad y ello en cuanto expresión de una actitud desvinculada de los valores a proteger, actitud que determina hacia el hecho la dirección de los impulsos»²⁷. De esto se sigue que, «cuando está ausente la conciencia de la antijuricidad habrá que inquirir si ya el conocimiento de los elementos típicos habría, por sí solo, apartado del hecho a un autor apegado al bien jurídico protegido. Así, pues, puede caber perfectamente culpabilidad dolosa con error evitable de prohibición, pero también puede faltar aquella, absolviéndose entonces al autor del delito doloso»²⁸. Lo que se está sosteniendo aquí es que, unos elementos del dolo (básicamente los cognoscitivos y volitivos; para algunos, sólo cognoscitivos) se ubican en el injusto, mientras que otros (los llamados emocionales) se sitúan en la culpabilidad. Según sus creadores, en el derecho penal accesorio -compuesto en buena medida por tipos en blanco- y en las infracciones administrativas, esta concepción puede evitar condenas excesivamente severas «a causa de un hecho doloso en los supuestos no infrecuentes en los que el autor realiza efectivamente el tipo en forma dolosa, pero ha creído, aunque erróneamente y debido a la falta de cuidado, obrar conforme a derecho. La falta de cuidado únicamente puede fundamentar, en tales supuestos, el reproche a título de culpa»²⁹. Esto último porque el descuido que ha originado el error

26. Roxin, Claus.- «Política criminal y sistema de derecho penal», especialmente X, p. 79 y 80.

27. Jescheck, Hans.- «Nueva dogmática y política criminal en perspectiva comparada», IV, p. 18.

28. Idem.

29. Jescheck, H.- «Nueva política penal y política criminal en perspectiva comparada», IV, p. 19.

25. Welzel, Hans, «Derecho Penal Alemán», 22, 3, B, p. 241.

(vencible) no demuestra una falta de «apego» del sujeto al bien jurídico protegido, ya que la complejidad y variabilidad de los factores que concurren a determinar su incolumidad no suelen ser inmediatamente perceptibles para el hombre común.

En conclusión, luego de haber analizado desde diversos puntos de vista el caso de las leyes penales en blanco, nos inclinamos por la tesis de considerar al error sobre una disposición extrapenal como un error de tipo. Debemos decir que, la disposición extrapenal forma parte del tipo penal (a veces puede considerarse como un ele-

mento normativo y a veces como un elemento descriptivo) y, un error sobre la disposición extrapenal no merece ningún tratamiento especial diferente al que se da con el error de tipo. Además, es claro que la excusabilidad de un error no tiene nada que ver con su origen. La solución optada, pese a que puede dar lugar a fallos injustos, debe ser lógica y dialécticamente impecable, pues de lo contrario la decisión judicial más justa puede, por su aparente arbitrariedad, provocar un sentimiento de inseguridad sumamente perjudicial desde el punto de vista sociológico. DYS
